



Función Pública

Concepto 200671 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000200671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000200671

Fecha: 04/06/2021 05:57:12 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Concejal. - Concejal para Posesionarse en cargo de carrera administrativa - RADICACIÓN: 20219000451252 del 30 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual manifiesta que es concejal de Tierralta - Córdoba, que se presentó a concurso de méritos de la Gobernación de Córdoba y que con el resultado obtenido en el mismo podría acceder a una plaza vacante, y en tal sentido a la luz de las incompatibilidades señaladas para los concejales, consulta:

1. *¿De acuerdo con lo arriba planteado yo estaría incurso en inhabilidades o incompatibilidades para aceptar y posesionarme en al cargo de carrera administrativa?*
2. *¿Con cuánto tiempo de anticipación debo renunciar a la curul de concejal para aceptar el cargo público que gané por concurso de méritos?*
3. *¿La renuncia debe hacerse antes de la aceptación del cargo o antes de tomar posesión?*

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, Inicialmente es preciso indicar que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e

incompatibilidades, consideró que *“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”.* (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, la Constitución Política señala:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...).”

“ARTICULO. 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

ARTICULO 291. Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.(...)” (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a la Constitución Política, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Así mismo dispone que los miembros de las corporaciones públicas, no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública so pena de perder su investidura. Por lo tanto, quien tenga la calidad de concejal, no podrá durante el ejercicio de sus funciones, aceptar cargo en la administración pública.

Por su parte, frente a las incompatibilidades de los concejales la Ley 136 de 1994² dispone:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. <Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el Artículo 96 de la Ley 617 de 2000>
2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.
3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

5. <Numeral adicionado por el Artículo 41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

(...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“ARTÍCULO 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. (Artículo modificado por el Artículo 43 de la Ley 617 de 2000). Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión”. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a los Artículos anteriores, se estableció como incompatibilidad para los concejales, entre otras, ser empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio, incompatibilidad que tendrá vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo; y en caso de renuncia se mantendrá durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período de concejal fuere superior.

Ahora bien, para el presente caso informa en su comunicación que se trata de un cargo de carrera administrativa en la Gobernación de Córdoba al cual accedió a través de concurso público de mérito. Al respecto, en cuanto al criterio de mérito establecido en la carta constitucional, se dispuso:

“ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, (...)”

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. (Destacado fuera del texto)

En igual sentido, la Corte Constitucional sobre el principio de mérito consagrado en la norma superior, mediante Sentencia C-588 de 2009 con Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo señaló:

La Corte Constitucional ha afirmado, con base en las previsiones constitucionales, que la carrera administrativa, en cuanto instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del elemento humano en la función pública es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior glosada, y su aplicación como mecanismo para el acceso al empleo público, tiene plena justificación. Asimismo, dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es, un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo

desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales, y en el caso presente, la carrera administrativa no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos contenidos constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, todo lo cual demuestra que en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991.

De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el Artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables. (Negrilla y subrayas nuestras)

De acuerdo a la anterior jurisprudencia constitucional, la carrera administrativa, es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición constitucional, y su aplicación como mecanismo para el acceso al empleo público, tiene plena justificación, es decir que, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, en tanto el mérito es el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público.

En consecuencia y para abordar el tema objeto de consulta, como quiera que el criterio de mérito es un principio constitucional, en criterio de esta Dirección Jurídica un concejal actual no se encuentra inhabilitado para posesionarse en un cargo de carrera administrativa, producto de un concurso de méritos.

Así las cosas, el concejal deberá renunciar a su curul un día antes de la posesión del cargo de carrera administrativa, teniendo en cuenta que no podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:17:01